

Incidenza del principio del risultato sulla legittimità della valutazione delle offerte

Tra i problemi che si pongono all'attenzione dell'interprete all'indomani della codificazione del principio del risultato nella materia dei contratti ad evidenza pubblica vi è quello dell'incidenza che il principio medesimo è destinato ad esercitare in tema di legittimità della valutazione delle offerte.

Cercherò, con le poche considerazioni che seguiranno, di affrontare il problema nella prospettiva del giudice che deve appropiare la questione alla luce della novità legislativa in funzione della soluzione di casi concreti.

Nell'impianto del nuovo codice dei contratti pubblici il principio del risultato è diventato la regola principale della discrezionalità e pertanto costituisce anche parametro fondamentale di verifica della legittimità dell'azione amministrativa e cioè strumento per il giudice nell'esercizio del suo sindacato.

Ciò a causa dell'enfasi che vi ha messo il legislatore, che lo ha reso "più importante" di tutti gli altri principi, come si deduce dall'assetto topografico della norma e della lettura che ne fanno i commi III e IV (con il diretto richiamo ai principi costituzionali, alle norme sovranazionali e con l'uso dell'aggettivo prioritario) in relazione all'esercizio della discrezionalità amministrativa.

In quest'ottica, l'affermazione del principio del risultato (unitamente agli altri principi generali) comporta un ampliamento dell'autonomia decisionale e della discrezionalità della stazione appaltante, cui però fa da contraltare, non è chiaro se secondo o contro l'intenzione del legislatore, un ampliamento del parametro del sindacato giurisdizionale.

Peraltro, questo allargamento dello spazio riconosciuto alla discrezionalità passa attraverso una sensibile dequotazione delle forme procedurali, con un evidente rovesciamento della prospettiva tradizionale in base alla quale quanto più è ampio il margine della discrezionalità, tanto più assumono importanza i principi di certezza e prevedibilità delle regole, a garanzia del cittadino e nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Parimenti, si assiste ad un dequotazione anche dei principi della concorrenza, in quanto la concorrenza viene espressamente funzionalizzata dal legislatore al conseguimento del miglior risultato.

Nei primi commenti sulla nuova disciplina dei contratti pubblici questo cambio radicale di prospettiva è stato salutato generalmente con favore.

Quanto alle applicazioni giurisprudenziali di questi primi mesi, il giudice amministrativo ha dimostrato di non volersi sottrarre alla sfida che gli è stata lanciata e ha fatto ampio uso del principio in questione, facendo emergere due principali tendenze, conformi alle intenzioni del legislatore:

- l'attribuzione al principio del risultato della funzione di superare "vuoti formalismi", anche laddove l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale, secondo il criterio della strumentalità delle forme, corollario del principio di proporzionalità;
- il suo utilizzo in chiave di bilanciamento con i principi della concorrenza, ritenuti suscettibili di retrocedere per consentire la realizzazione del risultato, sempre nei limiti della proporzionalità.

Venendo al profilo specifico della legittimità della valutazione delle offerte, sulla scia di queste linee di tendenza si colloca la sentenza della terza sezione del Consiglio di Stato n. 9812 del 15 novembre 2023, che si è occupata del caso del mancato stretto rispetto da parte della stazione appaltante delle regole procedurali di gara nell'attribuzione di punteggi aggiuntivi per la qualità dei prodotti offerti.

Qui il principio del risultato viene impiegato come criterio di soluzione di quello che viene definito il "contrasto tra il dato formale del pedissequo rispetto del disciplinare di gara e il dato sostanziale dell'idoneità dei prodotti offerti".

Secondo il Consiglio di Stato, quando si disputa dell'applicazione del punteggio, il risultato formalisticamente corretto non deve prevalere sul risultato sostanzialmente giusto (consistente nell'aggiudicare la commessa all'impresa che offre il prodotto oggettivamente migliore).

Precisa però la decisione che il formalismo delle procedure si impone e prevale ogni qual volta sia in discussione la partecipazione delle imprese ad armi pari alla gara.

Sono conclusioni potenzialmente dirompenti rispetto ai criteri che hanno tradizionalmente governato il sindacato sulla discrezionalità tecnica della P.A. in materia di valutazione delle offerte (che è generalmente considerato un sindacato meramente estrinseco), posto che l'affermazione del principio sostanzialistico rischia di erodere del tutto l'area dell'insindacabilità amministrativa, la quale risulta con esso incompatibile.

L'unico temperamento individuato dal Consiglio di Stato sta nell'affermazione secondo cui il risultato non può confliggere con il principio della *par condicio*.

Occorre a questo punto chiedersi se vi sia un limite ulteriore alla potenziale forza espansiva del principio del risultato in questa specifica materia.

Occorre cioè ricercare un punto di equilibrio che consenta al giudice:

- da un lato, di non abdicare alla funzione che gli è oggi attribuita, ovvero esercitare il proprio sindacato sulla legittimità degli atti amministrativi costituenti espressione dell'ampliata discrezionalità della stazione appaltante (anche e prevalentemente) alla luce del principio del risultato;

- dall'altro di evitare che tale sindacato finisca per trasmodare in un intervento diretto sulle procedure di gara attraverso la modifica del risultato formale attribuibile ai candidati che abbiano rispettato le regole del bando, ad esempio con il riconoscimento di punteggi aggiuntivi.

Tale punto di equilibrio potrebbe essere forse essere ricercato, per quanto qui interessa, mantenendo l'esame del principio del risultato nei limiti del sindacato storico sulla discrezionalità.

E cioè facendo riferimento, anche con riguardo alle valutazioni delle offerte, all'impostazione dominante del c.d. controllo intrinseco (quello che consente al giudice di ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare, anche sotto il profilo del criterio applicato e del procedimento applicativo, la ragionevolezza e la logicità dell'iter logico seguito), ma al tempo stesso "debole" (che cioè non lascia spazio ad un sindacato di merito difforme e sostitutivo rispetto alla decisione dell'amministrazione).

Questa verifica potrà essere fatta mediante l'esercizio del sindacato sull'eccesso di potere, il quale costituisce il vizio proprio dell'attività discrezionale, consentendo al giudice di verificare se la ponderazione degli interessi in gioco sia avvenuta in modo conforme al perseguimento del fine indicato dalla legge, con lo strumento delle figure sintomatiche, che è utilizzabile anche quando il sindacato ha ad oggetto la discrezionalità tecnica.

E del resto, una volta che la stessa procedura di valutazione delle offerte viene (dalla legge) funzionalizzata al perseguimento del risultato e disancorata dal rigido formalismo, appare arduo continuare a ricondurla nell'alveo di una discrezionalità puramente "tecnica".

Ciò, in base alla definizione di Massimo Severo Giannini, che ancora possiamo dire generalmente accettata, secondo cui la discrezionalità amministrativa "si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale".

Il controllo del giudice potrà quindi essere pienamente esercitato:

- in sede istruttoria, attraverso l'accesso all'analisi del fatto, con l'ausilio degli strumenti adeguati (in particolare, la verifica e la consulenza tecnica);
- in sede di giudizio, con le valvole proprie dell'eccesso di potere, che sono ragionevolezza, logica e proporzionalità, applicate alla luce del principio del risultato e del fine dallo stesso imposto all'amministrazione;
- nel rispetto però del margine essenziale della discrezionalità amministrativa (che dovrà ovviamente radicarsi su una motivazione rafforzata) e senza mai consentire al giudice di sovrapporre la propria valutazione all'operato dell'amministrazione.

In questa prospettiva si eviterebbero entrambi gli esiti estremi:

- quello di riconoscere al giudice un potere sostitutivo pieno in applicazione del principio del risultato, finendo per erodere del tutto la c.d. riserva di amministrazione;
- quello di imbrigliare le valutazioni del giudice all'osservanza formale delle regole di gara, senza che il principio del risultato possa incidere in alcun modo sulla legittimità della valutazione delle offerte.

Il principio verrebbe invece ad essere pienamente utilizzato come parametro di ragionevolezza nella prospettiva dell'eccesso di potere consentendo al giudice:

- sia di avallare la scelta dell'amministrazione qualora ritenga che il superamento della regola formale in funzione del risultato nel caso di specie sia ragionevole e non pregiudichi la *par condicio*, riconoscendo che la p.a. ha fatto buon governo della sua discrezionalità (come ha fatto il Consiglio di Stato nella sentenza sopra richiamata);
- sia eventualmente di annullare la decisione qualora ritenga che il rispetto rigido della regola formale (non direttamente funzionale alla *par condicio*) operato dall'amministrazione sia irragionevole in relazione al perseguimento del risultato, nel bilanciamento con gli altri interessi, e quindi che vi sia stato scorretto utilizzo della discrezionalità;
- non già di sostituirsi alla p.a., cui competerà pur sempre il riesercizio del potere in caso di annullamento.

Questa soluzione, che pure implica un ampliamento molto significativo del sindacato del giudice sulla discrezionalità (in particolar modo nella seconda ipotesi sopra indicata, in cui peraltro tale ampliamento si accompagna ad un indubbio rafforzamento della portata conformativa del giudicato), ha il merito di porsi come meno dirompente rispetto al fondamentale principio di separazione dei poteri in quanto non introduce nell'ordinamento il pericoloso principio della supplenza sostitutiva del giudice che "fa amministrazione".

Certo, non va sottaciuto il rischio concreto di un aumento esponenziale del contenzioso che si accompagnerebbe all'affermazione di questo approccio, nonché il pericolo che gli operatori economici, di fronte alla riduzione delle garanzie partecipative e alla conseguente alea delle decisioni, possano essere disincentivati dalla partecipazione alle gare.

E tuttavia la soluzione resta la più prudente, mantenendosi in linea con il tradizionale e storico potere del giudice amministrativo e con il noto sviluppo tendenziale volto al progressivo allargamento (entro certi limiti) del sindacato del giudice sulla discrezionalità, che va di pari passo alla qualificazione del giudice amministrativo come giudice del rapporto amministrativo o, come pure si comincia a dire proprio alla luce della nuova disciplina degli appalti, della "operazione amministrativa".

In definitiva, mi pare che si possa concludere che il principio del risultato sia idoneo a incidere sulla legittimità della valutazione delle offerte in una doppia prospettiva:

- dal lato della stazione appaltante, che dovrà procedere all'applicazione della regola formale di attribuzione dei punteggi individuando il corretto bilanciamento tra la necessità di rispettare la *par condicio* l'esigenza di garantire il raggiungimento del risultato della commessa pubblica;
- dal lato del giudice, che potrà utilizzare il principio come fondamentale regola di valutazione della discrezionalità amministrativa (assorbita nella ragionevolezza e proporzionalità) ai fini del sindacato intrinseco ma debole e non sostitutivo sulle scelte dell'amministrazione.

Cons. Laura Zoppo